

O INSTITUTO DA POSSE NO ÂMBITO INDÍGENA

THE INSTITUTE OF POSSESSION OF INDIANS

Luís de Freitas Júnior*

RESUMO: O presente artigo busca discutir as especificidades do direito indígena, no afã de melhor salvaguardar seus interesses. São conhecidas as peculiaridades da população autóctone, pelo que é preciso identificar qual foi a concepção legal pensada pelo legislador para possibilitar a preservação, especificamente, dessa minoria. Isto é assim, porque os efeitos de um instituto jurídico diferem quando aplicados aos meramente civis e quando apontados aos silvícolas. Logo, a partir de uma investigação dos regramentos dirigidos aos índios, pode-se comprovar que houve intenção de dar outros efeitos aos institutos clássicos. Isso gera uma mudança na matização das regras, quer seja nos requisitos para sua verificação, quer seja na sua aplicação. Tal distinção será possível a partir da comparação dos institutos jurídicos com o destaque que os regramentos sofrem quando saem da esfera meramente civil e passam a ser aplicados aos aborígenes. A proteção da posse de suas terras é o vetor inicial a partir do qual os índios podem implementar o restante dos seus direitos. Conceitos como propriedade e posse devem ser lidos com lentes constitucionais, e em cotejo com a legislação adequada. Ideais como restituir as espoliações sofridas no passado e proteção à cidadania devem sustentar o desenvolvimento pretendido por governos e empresários. A legislação brasileira confere novos paradigmas, que devem ser entendidos e implementados pela Administração Pública e pelo Judiciário. Inferir-se, assim, que só será possível a preservação dos habitantes primitivos com a perscrutação dos dispositivos próprios e uma aplicação conforme a ideologia específica.

Palavras-chave: Direito. Indígena. Posse. Diferenças.

ABSTRACT: The present article aims to discuss the specific points of the Indian law and specific rights for the better protection of their interests. The peculiarities of the native population are known, therefore, it is necessary to identify what the legal conception thought by the legislator was to make possible the preservation, specifically, of this minority. It is like this because the effects of a legal category differ when applied to the ordinary citizens and when it is aimed to the indians. So, from an investigation of the rules addressed to the Indians, it can be proved that there was an intention of giving other effects to the classic categories. This causes a change in the diversification of the rules, both in the requirements for its verification and in its application. Such distinction will be possible from the comparison

* Mestrando em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Integrada do Ceará – FIC. Professor da Faculdade 7 setembro do Ceará – FA7/CE. Procurador Federal. Fortaleza – Ceará – Brasil.

of the legal categories highlighting that the rules face changes when they leave the civilian sphere and start being applied to the aborigines. The protection of their lands possession is the starting point from which the Indians can implement the rest of their rights. Concepts as property and possession must be read and understood according to the constitution, always comparing with the appropriate legislation. Ideals such as to replace the spoliations suffered in the past and protection to the citizenship must support the development intended by the government and by the businessmen. The Brazilian legislation grants new paradigms that should be understood and implemented by the Public Administration and by the Judiciary. It is concluded that the preservation of the primitive inhabitants will only be possible with the use and application of the proper laws according to a specific ideology.

Keywords: Law. Indian. Possession. Differences.

1 INTRODUÇÃO

Investigar o instituto da posse, especificamente, nas terras indígenas, será a linha perfilhada durante este estudo. Enveredou-se, aqui, pela problemática, a despeito do real alcance que a posse vem a ter quando adentra na seara silvícola, com a finalidade de investigar-lhe as peculiaridades, limites, efeitos e a necessidade de sua proteção especial, bem como a diferença da posse meramente civil.

O que motivou a discussão foi a espoliação dos direitos das minorias, bem como a falta de proteção às garantias dos menos afortunados. É nesse espectro que começa a surgir um novo paradigma social, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Eis, então, que exsurge a importância do estudo dos direitos dos silvícolas, no afã de evitar o extermínio cultural e existencial de um dos elementos formadores do nosso povo.

O desenvolvimento do tema calçou-se em dispositivos constitucionais e na legislação própria acerca do direito da população autóctone, além da perspectiva do direito comparado e da evolução histórica da lei. Foram coletados dados em bases oficiais e, finalmente, foi trazida a compreensão da doutrina pátria e dos pretórios, com citações da jurisprudência dominante que comprova como a questão está realmente sendo aceita no País, na atualidade.

Buscou-se versar sobre temas como o indigenato, que legitima a posse dos aborígenes sobre seus quinhões. Enfrentaram-se aspectos relacionados à propriedade dessas áreas e ao seu usufruto. Ainda se tentou esclarecer a questão da validade dos títulos de particulares sobre tais glebas e a influ-

ência da natureza do processo administrativo de demarcação sobre a posse.

Assim é que foi trazida à baila a discussão sobre a posse indígena, para que seja perfeitamente compreendida a extensão de seus efeitos, concretizando -lhe os mandamentos, e para que sejam insuflados sua pesquisa e conhecimento.

2 POSSE NA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL

A relação íntima que o homem tem com os bens ao seu redor foi merecedora de atenção pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. O legislador extraiu, da consciência coletiva, uma gama de direitos reais, que acastelam as relações entre o titular de um direito e os demais membros da coletividade, que tem como objeto as “res” de valor jurídico no mundo fenomênico.

O direito real mais pleno sobre um bem é a propriedade e esta consiste numa relação jurídica entre uma pessoa e a coisa, pela qual o dono tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa e reaver de quem injustamente a detenha. O domínio tem seu respaldo advindo diretamente da lei.

Aprioristicamente, institutos como propriedade eram o suficiente para compor as relações que o dia-a-dia engendrava. Com a complexidade social, para que as próprias relações de domínio viessem a ser protegidas a contento, foi imperioso que se protegesse também a aparência desse direito.

Eis a maiêutica da posse, como a forma de o direito proteger o elo entre o humano e os bens, sem que seu titular seja, necessariamente, o dono da coisa, mas que exerção algumas das prerrogativas inerentes ao domínio. Assenta-se na vontade do possuidor, e não diretamente na lei.

Daí emerge a discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da posse. Para alguns, trata-se de um direito; enquanto para outro séquito verifica-se uma situação de fato.

Negando-se a qualidade de direito, para a posse, argumenta-se que o elenco dos direitos reais é taxativo, ou seja, somente o são considerados aqueles que estão prescritos em lei. Não se admite, portanto, que outros institutos criados pela vontade das partes sejam considerados como tais.

Para outra gama de pensadores, a posse não passaria de um fato. Nada obstante, esse reducionismo não condiz com a proteção jurídica que

o direito confere à posse, uma vez que se prevêem variados efeitos jurídicos ao presente instituto.

Discussões à parte, certo é que a posse enquanto fato jurídico é uma aparência de direito protegida por lei e, portanto munida de proteção especial na ordem civil, embora o legislador não a tenha considerado como o direito real.

Por muitos anos, a posse teve sua delimitação encharcada por conceitos díspares. Logo, era preciso saber quais os elementos que uma situação fática precisava reunir, para ser considerada como posse e, assim, merecer salvaguarda legal.

Pensadores à guisa de Savigny entendiam que, para que dado fato se configurasse como uma posse, necessário se fazia que o titular tivesse o “corpus”, v.g., invariavelmente deveria existir um contato físico com a coisa, aliado ao “animus” de ter a coisa em seu próprio nome, e não por ordem de outrem. Era a Teoria Subjetiva.

Malgrado isso, a ordem Jurídica adotou a Teoria Objetiva, de Ihering, para quem a posse seria a exteriorização da propriedade, independentemente de que o possuidor agisse subjetivamente, na qualidade de titular do domínio, mas que desse ao bem a mesma destinação que lhe daria o seu senhor, economicamente, inclusive.

2.1 FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A crise da pós-modernidade pôs em cheque uma série de conceitos vetustos que o Direito, por séculos, havia incorporado.

Na época da Revolução Francesa, a ideologia reinante coroava um tratamento quase divino e intangível à propriedade privada.

Destarte, em face dos paradigmas contemporâneos, dentre eles a humanização das relações jurídicas e a aplicação do princípio da proporcionalidade entre os direitos constitucionais, foi posto frente a frente o direito à propriedade, ante os ideais de justiça social e de dignidade da pessoa humana.

A aplicação do princípio da proporcionalidade entre os direitos constitucionais contrapôs o direito à propriedade e os ideais de justiça social e de dignidade da pessoa humana.

A partir dessa releitura dos institutos civis, pelas lentes do direito público, foi que as cartas constitucionais mais modernas insculpiram en-

tre os direitos fundamentais do ser humano, a pilastra da função social da propriedade. Nesse espectro, a Constituição Federal Brasileira professa: Art. 5º, XXIII: a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 1988, p. 8).

Deveras, o direito não existe para legitimar injustiças. Para que o domínio de um bem da vida mereça o agasalho legal, é preciso que se lhe dê a destinação constitucional adequada aos objetivos eleitos pelo nosso Estado Democrático de Direito, quais sejam, redução das diferenças sociais; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza, entre outros (CF, art. 3º). Se, ao reverso, o titular da coisa não estiver dando a devida função social à propriedade, haverá a configuração de um abuso de direito, que deve ser desestímulo pelos instrumentos legais pátrios.

Aplicando-se, analogicamente, este princípio, entrevê-se a idéia de uma função social da “posse”. Desta feita, com muito mais razão há que se exigir, daquele que não é proprietário, mas que apenas aparenta-se como tal, que aja de acordo com o que se exige do titular de um bem, dando-lhe produtividade e utilização cônsona com o direito e com os fins sociais.

Muitos são os casos em que pessoas exercem a posse sem atender à sua função social. São situações em que não se dá a destinação constitucional devida à área, quer seja por não lhe conferir produtividade, quer seja por praticar atos ilícitos ou quando se priva do acesso à terra aquelas pessoas a que a Constituição destinou a posse permanente sobre a área, em detrimento de qualquer outra pessoa.

Essa última situação configura a realidade dos indígenas no Brasil. Aos serem expulsos de suas terras por violência particular e governamental, foram preteridos em favor de particulares que não exercem a devida função social da posse, por ferir o mandamento constitucional que dá aos silvícolas a exclusividade de posse sobre a terra que habitam.

Só com o desvendar do específico sentido da posse na seara indígena, e com a efetivação de seus mandamentos é que se começará a alcançar a função social dos direitos reais, tão colimada pelo Ordenamento.

3 A QUESTÃO INDÍGENA NO BRASIL

Contemporaneamente, a população indígena no Brasil conta cerca de 730

mil pessoas, o que corresponde a 0,4 % do povo brasileiro (BRASIL, 2000, p. 500).

Esse quantum reflete um processo de dizimação em massa dos silvícolas nativos, uma vez que a população indígena autóctone, na época do descobrimento, margeava os 5 milhões de habitantes (BRASIL, 2000, p. 500).

Contudo, a partir do fim da década de 1950, houve um recrudescimento dos silvícolas, influenciado, em parte, pela demarcação de suas terras e pela assistência da Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Os índios brasileiros distribuem-se em 220 etnias que falam uma média de 170 línguas distintas. Existem 604 áreas reconhecidas como indígenas, compreendendo 12,5% do território (106.359.281 ha). Mas, no total da área indígena, há ainda um montante de 30% de terras a terem concluídos seus processos de demarcação (BRASIL, 2000, p. 500).

A natureza indígena de um povo é regida pela Convenção OIT nº. 169 de 07/06/1989, que trata da Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, como na transcrição abaixo:

Art. 1º [...]

2 - A auto-identificação como indígenas ou tribal deverá ser considerada critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições desta Convenção; Magalhães (OIT, 2002 p. 89).

Logo, o critério que prevalece para que se reconheça uma comunidade como indígena é o da auto-identificação como tal. A partir desse reconhecimento próprio, a FUNAI é chamada a fazer um estudo antropológico sobre o grupo. Nessa fase, é feita uma aferição de um estilo de vida próprio, isto é, costumes peculiares que remontem aos seus descendentes, bem como, uma religiosidade peculiar, somada a uma relação mais íntima com a terra em que vive e com os elementos da natureza.

4 O TRATAMENTO CONSTITUCIONAL SOBRE DIREITOS INDÍGENAS

As legislações brasileiras sempre trataram sobre o direito dos índios à posse de suas terras. Remontam ao Brasil - colônia as primeiras referências a esse tema,

tendo sido retomado pelas leis no Império e durante toda a fase republicana.

A primeira referência da fase colonial que se encontra a respeito é a Carta Régia de 10/09/1611, promulgada por Filipe III. Cita-se também o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ao cuidar das Sesmarias concedidas pela Coroa e que ressalvou os direitos dos índios, a quem chamou de primários e naturais senhores. Reafirmado o estabelecimento pelo citado Alvará, a Lei Pombalina, de 6 de julho de 1755, também garante o direito dos índios.

Durante o Brasil Império, frisa-se a Lei Imperial nº 601, de 18.09.1850, e seu regulamento, que reservou as terras devolutas aos aldeamentos indígenas.

Inaugurando a fase republicana, a Constituição Federal de 1891 mandou respeitar a Lei Imperial nº 601 de 18.09.1850.

Verifica-se que todas as demais Constituições brasileiras também asseguraram o direito originário dos índios às suas terras, nos termos seguintes:

a) A Constituição Federal de 1934:

Art. 129. Será respeitada a **posse** de **terras de silvícolas** que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.

b) A Constituição Federal de 1937;

Art. 154. Será respeitada aos **silvícolas a posse das terras** em que achem localizados em caráter permanentemente, sendo-lhes, porém, vedada à alienação das mesmas.

c) A Constituição Federal de 1946:

Art. 216. Será respeitada aos **Silvícolas a posse das terras** onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.

d) A Constituição Federal de 1967:

Art. 186. É assegurada aos **Silvícolas a posse permanente das terras** que habitam e reconhecido o seu direito ao **usufruto exclusivo** dos **recursos** naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

e) A Constituição Federal de 1969:

Art. 198. – as **terras** habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determina a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usu-

fruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

1º - ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenha por objetivo o domínio, a posse ou ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

f) A Constituição Federal de 1988:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens [...] (COUTINHO, 2007, p. 2-3).

Nada obstante o esforço histórico, foi com a Constituição de 1988 que o Brasil avançou, significativamente, na ampliação dos direitos indígenas, e que galga alcançar a efetividade de seus postulados.

4.1 DIREITO COMPARADO

O ideário de sublimação à memória indígena, a partir da proteção da posse de suas terras, não é uma exclusividade brasileira. Ao contrário, reflete uma filosofia mundial, no Direito Comparado.

Entrevê-se abaixo uma amostragem do que os pretórios alienígenas têm decidido acerca da questão possessória indígena:

Recente decisão da Corte Suprema Australiana modificou o entendimento precedente de que as terras indígenas se constituíam em ‘res nullius’. O Tribunal no caso Mabo proferiu importante decisão. Foi reconhecido ao povo Merian que estes eram detentores de um título válido !against the whole world, to possession, occupation, use and enjoyment of the lands of the Morray islands in Torres Strait’. (Contra todos, em matéria de propriedade, ocupação uso e gozo das terras da ilha Murray no estrito de Torres). Na oportunidade, a corte decidiu que os títulos nativos eram reconhecidos pelo direito comum Australiano. A Nova Zelândia, igualmente, definiu em sua legislação direitos especiais para os Maroi em relação às terras por eles ocupadas; [...]

A Constituição Canadense de 1982, também, reconhece os

direitos originários dos indígenas sobre as terras que ocupam. Vejamos o número 25 da Lei fundamental do Canadá: '25 – A garantia, nesta Carta, de certos direitos e liberdades não afeta ou revoga quaisquer direitos ou liberdades aborígenes, direito de tratado (treaty rights) ou outros, que assistem aos povos aborígenes do Canadá [...] é importante observar que o texto constitucional canadense, em realidade, reflete uma série de entendimentos judiciais que vinham se consolidando, lentamente. [...] Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, desde o século XIX, através de acórdãos lavrados pelo Chief Justice Marshall definiu que os índios tinham títulos sobre as suas terras em decorrência do direito de ocupação [...] (ANTUNES, 1996, p. 113 – 114).

4.2 DA INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO CONTRA A CONSTITUIÇÃO

Questão que suscita dúvidas é a existência de proprietários de terra que exibem títulos dominiais sobre as terras habitadas por índios. Afinal, deve ser preservado o direito de propriedade previsto na cártula particular ou a previsão constitucional?

Num primeiro momento, há que vislumbrar a Teoria Constitucional que apregoa que a Carta Máxima de um país é um ato originário, inaugural e incondicional.

Nesse espectro, entende-se que, quando uma Constituição é promulgada, está sendo 'originado' um novo Estado totalmente independente do anterior. E a partir dessa ficção, será inaugurada uma outra, ordem jurídica a que o novel país está exclusivamente vinculado.

Nesses termos, tudo o que for prescrito pela Missiva Constitucional fará efeitos plenos, mesmo que isto venha a contrariar as prescrições legais ou contratuais anteriores. A partir daí, o Estado antigo deixou de existir, e só há lugar, no novo país, para o que sua nova Constituição propuser.

Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF):

EMENTA:

[...] – Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do Poder constituinte Derivado. Precedentes do STF.

VOTO: As normas constitucionais se aplicam de imediato, sem que se possa invocar contra elas a figura do direito adquirido, mesmo nas Constituições que vedam ao legislador ordinário e edição de leis retroativas, declarando que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, esse preceito se dirige apenas ao legislador ordinário, e não ao constituinte, seja ele ordinário seja ele derivado (BRASIL, 1985, p. 50).

Por conseguinte, inexistente direito adquirido em favor daqueles que possuam titulação dominial envolvendo terras de ocupação, posse e usufruto indígenas.

Nessa conjuntura, intui-se que não se pode alegar, contra a Constituição, eventual utilização pretérita das áreas indígenas, bem como das escrituras existentes sobre essas áreas, seja qual for a sua antecedência. O imóvel indígena, por ordem constitucional, é de utilização exclusiva dos índios, e os particulares não podem, por comodismo, querer desfrutar de algo que a própria CF proíbe.

Assim, pela natureza declaratória da norma constitucional de 1988, é impositivo que estenda seus efeitos, *ex tunc* e imemorialmente, às suas terras de ocupação tradicional.

5 O INDIGENATO

A relação de posse que os índios têm com a terra onde vivem não pode ser compreendida pelos mesmos institutos aplicados aos civis. Há um conceito peculiar para explicar essa relação, qual seja, o indigenato.

O direito indígena à posse de suas terras é considerado, pela Constituição, um direito originário. Essa relação é fundada no instituto do indigenato, que é o manancial primário e congênito dessa posse territorial. A noção de indigenato tem base constitucional, daí a sua aplicação incondicional:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam; competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as

por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (grifo nosso) (VADE MECUM, 2007, p. 69).

Conforme ensina o jurista José Afonso da Silva, o indigenato é uma instituição jurídica luso-brasileira que remete aos tempos do Brasil Colônia, na época em que foi expedido o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755. E acrescenta:

[...] a relação entre o indígena e suas terras não se rege pelas normas do Direito Civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é e nunca foi uma simples ocupação de terra para explorá-la, mas base de seu habitat, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame, porque nele se consagra a idéia de permanência, essencial à relação do índio com as terras que habita (SILVA, 2004, p. 836).

Nesse sentido, vislumbra-se uma relação jurídica que se embeber do próprio direito natural e que antecede à ordem jurídica vigente. A concepção do indigenato alimenta-se de uma noção do justo, ao atribuir a cada um aquilo que lhe pertence, desde as mais remotas datas.

Não se perquire, aqui, o título registrado, para legitimar a propriedade, nem se investiga a posse por meio da natureza da utilização da terra. Ao contrário, parte da concepção geral de que, nos primórdios, se determinada terra já era ocupada pelos índios, então esta lhe pertencia. Assim, torna-se sem valia a existência de registros civis em nome de não-índios, pois muitos deles foram conseguidos por meio de violência, quer seja física, quer seja moral.

Desta feita, as terras indígenas foram destinadas aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, ou seja, uma prerrogativa anterior e prevalecente sobre outra que por ventura se possa ter constituído sobre o território dos índios.

Resta preclaro, pelo aludido autor, que o indigenato não é o mesmo que ocupação da terra pelos índios, pois a ocupação é um tipo de aquisição derivada da propriedade, enquanto a relação do índio com a terra é inaugural à sua própria existência, já que foram congenitamente apropriadas. Portanto, na área que foi ocupada por particulares, estaria implícito o resguardo das terras indígenas, pois são os índios seus naturais e primeiros donos.

A teoria do Indigenato vem sendo adotada majoritariamente pelos Tribunais, como se vê no julgamento do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL A 3ª REGIÃO:

Ementa: processo civil. Arguição do ‘decisum’ rejeitada. São bens da União terras tradicionalmente ocupados pelos índios. Instituto do indigenato. Direito congênito. Inaplicabilidade à espécie do conceito de posse civil.

[...]

3. O fundamento do direito dos silvícolas repousa no indigenato, que não se caracteriza como direito adquirido, mas congênito.

[...]

5. Inaplicabilidade, à espécie, do conceito de posse civil. A posse indígena vem definida pelo art. 23 da Lei 6001 de 19.12.73, Estatuto do Índio.

[...]

7. Recursos improvidos (BRASIL. TRF, 1994, p. 72).

Tal direito indígena é inquestionável, uma vez que é congênito, originário. Não é possível a sobreposição de direitos de não-índios sobre terras indígenas. Logo, não se podem invocar os conceitos civilistas para justificar a posse dos silvícolas.

6 O INSTITUTO DA POSSE NO ÂMBITO INDÍGENA: DISTINÇÃO

A posse indígena não pode ser confundida com aquela posse de cunho estritamente civil.

Para o Direito Civil, a posse é uma relação material com a “res”, na

medida em que seu titular guarda e age como senhor do bem. Nesta posse, há uma vinculação ao conceito de propriedade, já que se busca proteger uma relação de fato que aparenta todos os traços de uma relação de domínio.

Já a posse indígena é preliminar a qualquer outra relação. Não pode ter sua proteção subordinada a existência de uma aparência com a propriedade ou confundida meramente com a posse civil ou ocupação geral, que decorre de transferência de terceiros.

O constituinte federal de 1988 ossificou as peculiaridades da posse indígena quando esculpiu o seu art. 231, §2º, *in verbis*:

Art. 231, § 2º- As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (VADE MECUM, 2007, p. 69).

Esse entendimento é um reflexo da ideologia internacional conforme a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, em países independentes, da Organização Internacional do Trabalho:

Art. 14

[...]

I - Deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam (MAGALHÃES, 2002, p. 94).

Entrevê-se, no retromencionado dispositivo, a intenção de dar nova roupagem à posse indígena. Encontra-se, aqui, uma busca pela cultura dos índios, para definir quais as terras sob sua posse. É por meio de seu modo de vida, ou seja, a tradicionalidade de sua relação com a terra, que se pode dizer que uma terra está na posse dos silvícolas.

Essa idéia já havia sido cristalizada no Ordenamento Jurídico Brasileiro, especialmente pelos dispositivos do Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973:

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais

e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra, que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.(grifo nosso) (Op cit, p. 71).

Preclara é a lei, ao diferenciar a posse aplicada aos indígenas da posse atribuída aos civis. A intenção, com isso, foi imprimir efeitos diversos a esses institutos. Quando se referir ao âmbito aborígine, a posse deve ser encarada de forma mais flexível, ou seja, não se exige rigorismo na verificação de requisitos civis para se conferir proteção à permanência dos índios em sua terra.

Há que buscar os elementos caracterizadores da posse indígena no antedito instituto do indigenato, que confere uma relação jurídica inaugural entre a terra e os seus primeiros ocupantes. Aliado a isso, verifica-se a forma de os índios se relacionarem com a terra, por meio de um modo de vida tradicional, que perdura pelo tempo.

Esse é o pensamento uníssono de pretórios a respeito do tema, veja-se o que o STF pacificou nesse sentido:

VOTO: O objetivo da **Constituição Federal** é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa **tribo**, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural e intelectual. Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos silvícolas, trata-se de habitat de um povo (BRASIL, 2005, p. 60).

Nada obstante, é mister frisar a existência da Súmula nº. 650, do STF, que limita a extensão das terras consideradas como posse indígena, nos seguintes termos: Súmula nº. 650 STF: Os incisos I e XI do artigo 20 da CF não alcança terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupados por indígenas em passado remoto. (VADE MECUM, 2007, p. 1710).

Extraí-se, do postulado, uma racionalização do conceito de posse indígena, sem, entretanto, diminuir-lhe a efetividade. Assim, ainda resguarda-se a terra em que os índios habitam de forma tradicional, e onde exercem as suas atividades indispensáveis, mas sempre deve persistir um requisito

fático e histórico de atualidade dessa posse.

Logo, não estão alcançadas pela proteção legal, as terras que tiveram registro de passagem de índios, mas que há muito tempo não são habitadas por esses povos, desde que não tenham sido expulsos de forma violenta.

Remata-se que não se pode ficar aprisionado à concepção individualista que por muito tempo disciplinou os institutos do Direito Civil, máxime para definir os institutos aplicados aos silvícolas, uma vez que estes têm nuances próprias definidas por lei e consagradas pela jurisprudência.

7 REQUISITO DA POSSE INDÍGENA – TRADICIONALIDADE

A Constituição Federal traz o conceito de terra tradicionalmente ocupada pelo índio:

Art. 231, §1º – São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por ele habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, às imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (VADE MECUM, 2007, p. 69).

A terra objeto dessa posse é aquela tradicionalmente ocupada pelos índios. Aqui não se está diante de um conceito meramente de tempo, mas da busca de um elemento cultural na forma de a tribo se relacionar com seu quinhão.

Explicitando esse pensamento, José Afonso da Silva assevera:

O tradicionalmente refere-se não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realiza, segundo seus usos, costumes e tradições (SILVA, 2004, p. 836-837).

Quando a Constituição diz que as terras tradicionalmente ocupadas serão de posse permanente dos índios, não remete a requisitos temporais,

para que se legitime a posse indígena.

Ao reverso, uma vez verificado que a terra é ocupada nos moldes tradicionais da cultura indígena, lança uma garantia para o futuro, de forma a consagrar, para frente, o direito dos índios sobre as terras que habitam, de forma clássica.

Assim, para que a terra indígena se considere tradicionalmente ocupada, não se procura saber a quantidade de anos que a população habita a gleba. Deveras, o que se investiga é se os índios empregam a tradição de seus antepassados e de seus costumes peculiares na ocupação da terra e na inter-relação com seus elementos vivos.

A destinação da terra à prática da atividade produtiva também é outro fator que caracteriza a posse indígena. Haja vista que é da cultura popular, aborígene, a destinação útil do seu ambiente, quer seja na moradia, quer seja na extração dos recursos, ainda que não seja nos moldes capitalistas atuais.

Portanto, o real alcance do conceito da posse indígena tem o afã de salvaguardar a subsistência física e cultural do índio. Isso é verificado, na busca das suas atividades de subsistência, bem como nas práticas das atividades religiosas, lúdicas e recreativas.

O fato de os índios terem sido expulsos de sua terra, quer seja por ato de autoridade, quer seja por ação e particulares, não desconfigura a habitualidade e a permanência de sua posse, pois se verifica que o fator violência foi empregado em substituição da variável vontade.

Ademais, se os índios, por força de Lei, têm sua capacidade de disposição de direitos limitada, sendo tratados pelo regime da tutela jurídica, seus atos não poderiam ser interpretados como disposição de posse, ou surtirem efeito sobre seus descendentes, na manutenção do espaço físico de sua etnia, na conservação de sua história e na transmissão de seus costumes.

8 DIREITOS FUNDIÁRIOS INDÍGENAS CORRELATOS

Para a plena efetivação dos direitos indígenas, máxime para a melhor disposição da posse sobre suas terras, o Ordenamento Jurídico trouxe uma série de prerrogativas fundiárias distintas sobre as áreas ocupadas permanentemente pelos silvícolas.

A Constituição de 1988, art. 20, XI, proclama que as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios são de propriedade da União.

Agregue-se, entretanto, que essas terras indígenas se destinam à posse permanente e ao usufruto exclusivo da Comunidade Indígena (§ 2º do art. 231 da CF e art. 22 da Lei n 6.001/73).

Consequência direta dessas máximas é que as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas imprescritíveis (Art. 231, § 4º, CF).

A Constituição Federal ainda consagrou a idéia de não remoção dos índios do seu quinhão, quando prescreveu:

Art. 231 - § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese o retorno imediato logo que cesse o risco (VADE MECUM, 2007, p.69).

Acerca dos títulos dominiais existentes sobre áreas indígenas a Constituição Federal de 1988, entende que:

Art. 231

[...]

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenizações ou a ações contra a União, salvo, na forma da Lei, quanto as benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé (BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, p.69).

Para a regularização da terra indígena, existe um processo administrativo realizado pela Fundação Nacional do Índio e que visa à delimitação e

demarcação dessas terras. Todavia, a proteção da posse das terras habitadas pelos índios independe de que já tenha sido concluído esse processo, já que a natureza deste não é constitutiva de uma situação nova, antes é declaratória de um direito pré-existente. Desta feita, é possível, desde já, exigir, administrativa e judicialmente, o implemento de sua proteção e resguardo jurídico.

9 CONCLUSÃO

A História conta a execração dos indígenas no País, e como isso ameaça a manutenção de sua cultura. Uma das formas de garantir a perpetuação desses povos é por meio da salvaguarda dos seus direitos, máxime a proteção à posse das suas terras. Destarte, a terra, para o indígena, tem uma representação especial, haja vista que é por meio dela que os índios conseguem a sua subsistência e a prática das atividades que distinguem a sua etnia.

As legislações de todo o mundo já atentaram para a necessidade de proteção especial à posse indígena e a prescreveram, em seus ordenamentos dispositivos, que consagram essas peculiaridades. O Brasil vem mantendo uma disciplina legal toda própria para a proteção dos silvícolas, e desde a época da Colônia até os dias atuais tem insculpido previsões constitucionais, bem como um Estatuto próprio direcionado aos direitos indígenas.

A posse é um instituto que, quando aplicado aos particulares, reflete o comportamento aparente de um dono e, por isso, merece proteção legal. No espectro indígena, a posse tem maiores peculiaridades, que a distinguem da meramente civil.

A posse indígena busca suas fontes no longo instituto do indigenato, v.g., a relação primária que o índio nutriu com a terra antes de qualquer outra pessoa, e que lhe confere preponderância de direitos sobre o chão que habitou, em detrimento de qualquer particular que alegue sua titularidade.

Nesse sentido, a posse indígena deve ter sua existência aferida de forma mais flexível, a partir de outros requisitos, além dos estritamente civis. Portanto, não é o tempo de ocupação indígena sobre a área que identifica se há posse da superfície. Deveras, são os valores constitucionais da “tradicionalidade” que vão conferir proteção à posse dos indígenas, a partir da aferição se estes mesmos mantêm costumes de habitação, cultivo e prática

de atividades religiosas, iguais às dos seus antepassados.

Nota-se um esforço do legislador em preservar a terra em posse permanente e usufruto exclusivo dos primitivos, dificultando qualquer possibilidade de remoção de suas áreas. Além disso, minando de nulidade qualquer título de particular que vise às glebas dos aborígenes, mesmo que ainda não se tenha concluído um processo formal de demarcação da área.

A partir da compreensão da diferença do instituto da posse, no âmbito meramente civil e no indígena, é que será possível garantir a proteção dos interesses indígenas, já que não se pode querer tratar de forma igual os desnivelados pelas mazelas do tempo e do poder. Nesse pórtico, os índios precisam de instrumentos mais garantistas do que os demais indivíduos, para se manterem em seu espaço.

Efetivar os dispositivos legais que asseguram aos índios a posse de suas terras é missão assaz tormentosa para a contemporaneidade, em face dos interesses de particulares nas terras indígenas que abrigam potenciais energéticos e turísticos.

Só com uma nova leitura constitucional, será possível ponderar os direitos à propriedade e à dignidade da pessoa humana, a fim de implementar o paradigma da cidadania, como bem maior que um Estado pode conferir a seu povo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. A demarcação de terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/91. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, Brasília, n. 8, p. 113-114, jan./jun.1996.

BRASIL. Censo Demográfico de 2000, realizado pelo IBGE. **Sociedades indígenas e ação do governo**, p.500. Disponível em: <<http://www.presidenciairepublica.gov.br>>. Acesso em: 01 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 44.585. 1ª turma. Relator: Ministro Victor Nunes Leal. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 mar.2005. p. 60.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. nº 94.414-1. 3ª turma. Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 fev. 2005. p. 50.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). AMS nº 2001.36.00.008004-3/MT. 2ª turma. Relator: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 abr. 2004. p. 58.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). AC 91.03.15750-4-SP. 1ª turma. Relatora: Des. Federal Salette Nascimento, São Paulo, 11 dez. 1994. **Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 dez. 1994. p. 72.

COUTINHO, Ricardo Ramos. **As Terras Indígenas. Direitos dos índios e Demarcação**. Procuradoria – artigos - Legislação, Doutrina e Jurisprudência, p. 2-3. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2007.

MAGALHÃES. Edvard Dias (Org.). **Legislação Indigenista Brasileira e Normas Correlatas**. Brasília: FUNAI/DEDOC, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Correspondência | Correspondence:

Luís de Freitas Júnior

Faculdade 7 de Setembro, Avenida Alm. Maximiniano da Fonseca, 1395, Eng. Luciano Cavalcante, CEP 60.811-020. Fortaleza, CE, Brasil.

Fone: (85) 4006-7643.

Email: luis.junior@agu.gov.br